

SID, Simposio Argentino de Informática y Derecho

La contratación electrónica y las plataformas de comercio electrónico.

Mariano Dominguez Ginestar.

Instituto de Derecho Informático del Foro de Abogados de San Juan, calle Jujuy norte número 51, Ciudad de San Juan, Provincia San Juan.
marianodominguezginestar@gmail.com.

Abstract. El objeto del trabajo es analizar la relación jurídica que surge de la celebración de contratos electrónicos en el marco de las plataformas de compraventa online. Con especial hincapié en la consideración realizada por la jurisprudencia argentina de los mismos como contratos de consumo, la responsabilidad que surge para las partes involucradas y las formas de hacer valer los derechos vulnerados.

Keywords: comercio electrónico, contratación electrónica, comercio internacional, contrato de consumo.

1 Introducción.

La finalidad del presente trabajo es analizar el fenómeno de las plataformas de compraventa online, buscando realizar un aporte para lograr una mejor comprensión de las relaciones jurídicas que se generan a partir de los mismos.

Entiendo, siguiendo a Alejandro Vergara Blanco, que es función de la dogmática jurídica analizar el derecho en sus distintas dimensiones, a saber: 1-Las leyes, entendiendo como estas a las normas del derecho positivo; 2- El hecho jurídico, es decir el actuar cotidiano, las relaciones jurídicas y las costumbres dentro de una Sociedad; 3-La jurisprudencia, las decisiones de los organismos que aplican las leyes en función del ejercicio del poder jurisdiccional, estas normalmente exceden la mera aplicación de las normas positivas, incorporando en la resolución de los casos concretos la aplicación de principios jurídicos que permiten la adecuación de las normas positivas y el relleno de las lagunas que suelen encontrarse en el derecho positivo; y 4-La misma doctrina, que constituye la literatura jurídica por excelencia. Es la doctrina la que busca diseñar las distintas disciplinas jurídicas, formular teorías, instituciones y principios jurídicos, para lograr un mejor estudio y aplicación del derecho.

Por tal razón el objeto del trabajo es analizar las normas positivas, los precedentes judiciales y la doctrina escrita en la búsqueda de formular una teoría sobre el funcionamiento de las relaciones jurídicas en las plataformas de compraventa online que permita un análisis más claro de los casos particulares y colabore en perfilar un modelo de solución en el que se integren las normas vigentes y los principios jurídicos.

Aplicando estos principios para adecuar las normas positivas y llenar los vacíos dejados por ellas para lograr soluciones armónicas con el ordenamiento jurídico. [1]

1.1 La Sociedad de la información, nueva economía y comercio electrónico.

Es común en trabajos como el presente, que analizan el fenómeno de la Sociedad de la información, incluir una reseña de los cambios producidos por la revolución tecnológica en los últimos años, por mi parte evitaré entrar en el análisis de conceptos comunes e intentaré realizar una breve reflexión del impacto de estos en las relaciones con consecuencias jurídicas relevantes.

Es innegable que los cambios en la tecnología han modificado la forma en que las personas se relacionan, y el derecho, cuya función es regular dichas relaciones, necesariamente debe adaptarse.

Si bien el objeto o finalidad de las relaciones mediadas por la tecnología es en la mayoría de los casos los mismos que en las relaciones tradicionales, el hecho que sean mediatizadas por herramientas tecnológicas hace que adquieran matices y consecuencias no pensadas en las situaciones tradicionales. Por ejemplo, una simple compraventa de un bien, al ser mediatizada por la tecnología involucra terceros que prestan servicios que facilitan la operación y se generan y se pueden almacenar datos que son en sí mismo un bien económico e involucran una posible vulneración de derechos que en otras transacciones no se pensarían.

Estos cambios impactan en la economía, generando nuevos bienes económicos, (como los datos, los cuales han sido denominados el recurso más valioso [2]); nuevas formas de negocios que incluso afectan los tradicionales derechos de propiedad como la noción de dominio; o de las relaciones laborales, como en el caso de la “Share economy” [3]; incluso nuevas monedas como en el caso de las criptomonedas, como la conocida bitcoin .

En esta nueva economía en donde se relativizan las barreras fronterizas, se aumentan las comunicaciones y las distancias se vuelven casi insignificantes, se multiplica el intercambio de bienes y servicios, como máxima expresión de un mundo global. Surge lo que se denomina el e-commerce.

Ante esta realidad de cambios vertiginosos en donde la innovación permanente es un requisito de supervivencia de las empresas, el derecho que tradicionalmente repta con algo de lentitud los cambios sociales, debe revestirse de nuevos caracteres como un gran dinamismo y capacidad de adaptación [4].

Y al igual que el comercio que se realiza de forma tradicional, el e-commerce recurre como instrumento principal al contrato. Este continúa siendo la principal Fuente de obligaciones jurídicas de los ordenamientos legales. Y en el comercio electrónico adquiere la forma de contratos electrónicos, los cuales procuramos analizar.

2 La contratación electrónica.

2.1 La importancia del contrato en la regulación de las relaciones jurídicas.

Al empezar a desarrollar la figura del contrato es necesario recordar la afirmación, que considero tiene plena vigencia, y expresa que "...El contrato es el principal instrumento de que se valen los hombres para urdir entre ellos el tejido infinito de sus relaciones jurídicas, es decir es la principal Fuente de obligaciones..." [5].

Existen distintas discusiones respecto al contenido y alcance del derecho informático, en especial en lo referido a la regulación de los vínculos generados en internet. Algunas posturas proclaman la existencia de una lex informática al estilo de la lex mercatoria, con una independencia de las normativas positivas de los estados, otras posiciones niegan esta posibilidad [6].

Lo cierto es que existen situaciones en las que los ordenamientos positivos de los estados demoran en encontrar respuestas o en legislarlas, lo que lleva a que muchos ámbitos del derecho informático tiendan a la autorregulación. Sin embargo, esta tendencia no debe ser necesariamente contraria a los ordenamientos vigentes.

La figura del contrato es tan flexible que permite a partir del uso de la autonomía de la voluntad regular cada caso posible. Incluso, en los casos de contratos internacionales, se puede incluir en los contratos normas particulares, creando un sistema de solución para el caso concreto, haciendo uso de la denominada autonomía material, figura propia del Derecho Internacional Privado, [7], siempre que no colisione con el orden público.

En el caso del e-commerce, podríamos a nivel local e internacional regularlo con la figura del contrato, sin embargo, el tema no está libre de discusiones, ya que, así como reporta un beneficio la flexibilidad de la figura del contrato, hay que considerar los casos en los que las asimetrías entre los contratantes ponen a uno de ellos en desventaja, siendo necesario en esos casos que el ordenamiento jurídico intervenga y garantice una mayor igualdad a la hora de contratar, o repare los daños producidos por la falta de ella al realizar una contratación.

2.2 El contrato electrónico.

Apelando a las herramientas analíticas, diferenciando el concepto de las concepciones [8]. Podemos acordar como concepto de contrato, el acuerdo de voluntades destinado a regular derechos y obligaciones para las partes, a partir de ahí Podemos encontrar muchas concepciones. Luego, al entrar al análisis de las distintas disciplinas del derecho, encontraremos una variedad de tipos de contratos, muy distintos entre sí, como podemos evidenciar al comparar el contrato administrativo con un contrato de índole comercial.

Cabe preguntarse qué elementos diferenciadores tiene el contrato electrónico que lo distinga del resto, y se constituya en un tipo independiente. Evidentemente el elemento clave es la intermediación de tecnologías en las distintas etapas de formación

celebración y ejecución contractual. Podemos afirmar que diversos autores coinciden en este rasgo¹.

2.3 Tipos y modalidades de los contratos electrónicos.

En principio seguiremos la clasificación realizada por Scotti [9] respecto a los tipos de contrato electrónico y las modalidades de este.

Cabe aclarar que la referencia a tipo de contratos no tiene relación con la tipicidad de los contratos, entendiendo la misma como la regulación de un modelo establecido legalmente; sino más bien a los modelos de contratos que se han dado en la práctica y que podemos agrupar, teniendo en cuenta los elementos subjetivos, es decir los sujetos que participan en la celebración; el elemento objetivo u objeto del contrato, dependiendo si el cumplimiento del mismo puede ser por medio electrónicos o no, y el carácter jurisdiccional del contrato, es decir si es local o internacional. En todo caso, es posible identificar, la referencia al tipo, con una suerte de tipicidad social [10].

Teniendo en cuenta estos parámetros podemos decir que es dable clasificarlos en los siguientes tipos:

1. **Contratos Celebrados entre profesionales:** contrato de tipo interempresarial. Estos son característicamente contratos de tipo paritario, es decir existe igualdad entre las partes.
2. **Contratos de consumo:** contrato celebrados entre consumidores y empresarios, donde existen claras asimetrías entre las partes. Estos se encuentran regulados en el Código Civil y Comercial en el art.1107.
3. **Contratos de adhesión:** (Click and Wrap agreements): similares a los contratos de adhesión tradicionales, con una característica distintiva, el botón de acepto como forma de aceptación de las condiciones contractuales.
4. **Contratos celebrados en línea y ejecutados fuera de línea:** normalmente están asociados a la imposibilidad de cumplimiento del objeto del contrato por medios electrónicos, por ejemplo, la entrega material de una cosa.
5. **Contratos celebrados y ejecutados en línea:** Estos a diferencia de los anteriores están asociados al cumplimiento por medios electrónicos, por ejemplo, la provisión de un servicio, o de un bien de tipo informático.
6. **Contratos electrónicos nacionales e internacionales:** este tipo es particularmente habitual, debido a que el uso de internet tiene a borrar la percepción de las fronteras entre los estados.

¹ En el trabajo “De los contratos celebrados por medios electrónicos, a la luz del Código Civil de Vélez Sarsfield y del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” del Luciana B. Scotti, (en Errepar – diciembre 2014) se reseñan las nociones de Miguel Asensio, de Lorenzetti y de Brizio que hacen referencia a similares elementos de la definición con mayor o menor extensión en la explicación.

Respecto a las modalidades, es importante señalar que estas modalidades no constituyen una diferencia que justifique establecer esta clasificación como un tipo distinto de los contratos vistos, no obstante, implican variantes en la forma en que se intercambia la comunicación entre los contratantes y se perfecciona el contrato en sí, podemos distinguir.

1. **Vía correo electrónico:** esta modalidad supone que las partes manifiestan su consentimiento a través del correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica, pero implica generalmente un estado de comunicación diferido, es decir que en esta modalidad se podría decir que se aplican las reglas del contrato entre ausentes. En este punto cabe, para un futuro trabajo, profundizar sobre el perfeccionamiento por medio de aplicaciones de mensajería instantánea.
2. **A través de páginas web:** a través del cumplimiento de un procedimiento preestablecido en una página web, haciendo clic en un botón aceptar, finalizar o semejante.
3. **Vía transferencia electrónica de datos:** implica la existencia de un sistema informático que facilita las operaciones comerciales, un ejemplo puede ser cuando proveedores facilitan un software que permite al cliente la realización de compras sobre esa plataforma. Esta es una modalidad con características sumamente abiertas en las que se pueden encuadrar diversos contratos que no estaban previstos originalmente. Por ejemplo, dentro de esta modalidad se pueden incluir los contratos realizados con aplicaciones instaladas en aparatos denominados smart, como celulares o tabletas. Aún más, al incluir la intervención de un software específico (no genérico como puede ser el software del correo electrónico o las páginas web), podríamos incluir la figura de los Smart-contracts o contratos inteligentes, sin embargo, esta discusión excede el objeto del presente trabajo.

Estos tipos y modalidades no se dan claramente de forma pura en la realidad, ni implican solamente transacciones de compraventa, como fácilmente podríamos asociar.

Sin lugar a dudas las clasificaciones constituyen una herramienta didáctica, y pueden existir de muchos tipos, más aún cuando se busca incluir los avances más recientes en alguna materia; por ello considero la clasificación realizada, lo suficientemente abstracta y general para poder ser aplicada a la gran variedad de formas contractuales que surgen de las vinculaciones mediadas por la tecnología.

Corresponde analizar a la luz de esta clasificación las relaciones contractuales de las plataformas de compraventa online.

2.4 Desarrollo del comercio electrónico, las plataformas de e-commerce.

El comercio Electrónico implica entonces todo tipo de intercambio de bienes y servicios pactado total o parcialmente a través de medios electrónicos.

Comúnmente al referirse a formas de ejercer el comercio electrónico, se hace referencia a los negocios B2B, B2C, B2G y C2C, las que desarrollaremos con más detalle:

- B2B: business to business, negocios que implican transacciones entre empresas o profesionales; una plataforma de compraventa de servicios puede ser una web o una aplicación elaborada por una empresa a los efectos de ofrecer productos propios a otras empresas; u ofrecer productos de unas empresas a otras empresas, el ejemplo más claro de este modelo de negocios es Alibaba.com, esta fue la primera compañía del gigante chino Alibaba Group y probablemente la plataforma B2B más grande del mundo
- B2C es decir business to consumers, transacciones entre empresas y consumidores; de igual forma una web o una aplicación puede conectar empresas que ofrecen sus productos propios o de terceros a los consumidores. En este modelo de negocios existen ejemplos diversos a nivel internacional. Podemos mencionar Aliexpress.com; E-bay y Amazon; en tanto que a nivel local el ejemplo más claro es Mercado Libre.
- B2G lo que significa Business to Government, estos negocios vinculan empresas y el sector público es decir los gobiernos;
- C2C, consumer to consumer, esto es cuando las partes en la transacción no revisten calidad de profesionales. Son las plataformas que vinculan consumidores con consumidores (C2C), donde por lo general no venden artículos de producción propia, ya que si fuera así sería B2B, aquí nuevamente encontramos los ejemplos de plataformas que También vinculan empresas con consumidores tales como E-bay, Amazon y Mercado Libre.

A los efectos de este trabajo, vamos a concentrarnos en las plataformas B2C y C2C, que son las que involucran a los consumidores.

Con esta breve y acotada descripción realizada. Podemos inferir que dentro de estas plataformas se realizan distintos tipos de contratos electrónicos (tomando como referencia la enumeración de Scotti).

Contratos Celebrados entre profesionales: serían los conocidos como B2B, y si los usuarios de las plataformas son empresas perfectamente se puede encuadrar en este tipo, es más claro aun cuando la plataforma es exclusiva para empresas (como Alibaba.com)

Contratos de consumo: estos serían todas las transacciones B2C, sin embargo, dada las características particulares de la legislación argentina respecto a la defensa del consumidor, es posible que aun las C2C, sean encuadradas como contrato de consumo, como veremos luego.

Contratos de adhesión: (Click and Wrap agreements): en algunos casos las condiciones de venta están prefijadas y se puede aplicar este tipo contractual, (caso Amazon.com) pero en algunas plataformas en las cuales funcionan solo como escaparate o como clasificados de un diario existe la posibilidad de negociación de los términos contractuales entre las partes (como algunos casos de Mercado Libre)

Contratos celebrados en línea y ejecutados fuera de línea: esta clasificación se dará principalmente en relación con el objeto, se puede inferir que la mayoría de las transacciones son de este tipo, ya que involucran la compraventa de un bien material.

Contratos celebrados y ejecutados en línea: algunos contratos pueden estar en esta modalidad, como por ejemplo cuando se adquieren libros, revistas o películas en for-

mato digital, simplemente se concreta por medios electrónicos (caso Amazon.com con su e-reader Kindle).

Contratos electrónicos nacionales e internacionales: en nuestro caso particular el ejemplo más claro de contratación electrónica por medio de una plataforma masiva en la jurisdicción nacional es el de Mercado Libre, e internacional un ejemplo común es el de ciudadanos nacionales que adquieren bienes en aliexpress.com, que es una empresa china.

2.5 La conexidad contractual.

No obstante, parece incorrecto analizar las vinculaciones contractuales que suceden de forma individual, ya que evidentemente el uso de plataformas para la realización de contratos electrónicos dista de ser equiparable a la contratación de dos particulares (empresarios o consumidores finales) que se realice simplemente con el uso de un correo electrónico como medio tecnológico de comunicación entre las partes a los efectos de la formación, celebración y ejecución del contrato.

En el caso de las plataformas online a las que hemos referido en los ejemplos del punto anterior existen terceros actores involucrados, que brindan servicios, para facilitar la realización de la contratación, es decir del e-commerce propiamente dicho.

Para explicar mejor el fenómeno de relaciones jurídicas que se dan cuando se hace uso de estas plataformas masivas, Podemos usar la figura de la conexidad contractual.

En un trabajo reciente, Fernando Shina, expresó que "...Los tipos contractuales que existen en el actual Código Civil y Comercial son tres; a saber: a) los contratos paritarios (957 y siguientes CCyC); b) los contratos de adhesión (arts. 984 a 989 CCyC); y c) los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122). Una mención aparte merece los contratos conexos que, según nuestra opinión, también constituyen tipos fraccionarios del contrato tradicional. El contrato conexo es tratado en los arts. 1073 a 1075 CCyC..." [8]

En este punto conviene repasar lo que el Código Civil y comercial establece en esos artículos:

"Art. 1073 CCyC: Definición. Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

Art. 1074.- Interpretación. Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido.

Art. 1075.- Efectos. Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común."

Al analizar estas normas y la caracterización de contratos conexos, parece adecuado vincular esta figura con las transacciones en las plataformas masivas de compraventa online.

En un comentario al fallo “Claps, Enrique M. y Otro c/Mercado Libre SA s/Daños y Perjuicios” se expresó que “...En esta línea de ideas, no puede decirse que Mercado Libre como empresa proveedora de los servicios, se encuentre ajena a la Conexidad Contractual, pues fue y es un eslabón necesario para que los usuarios perfeccionen sus contratos lucrando con dicha actividad y teniendo un interés especial en que dichas transacciones se concreten, lo que denota una causa supra contractual, que sobrevuela cada contrato individual, Verbigracia, compraventa, cesión de espacio publicitario...” [9]

Una posible conclusión parcial es que las relaciones jurídicas que se generan a partir del uso de las plataformas masivas de compraventa online son en su mayoría relaciones de consumo, no obstante, hay distintos supuestos que pueden darse y en función de estos se definirán los roles y responsabilidades de las partes intervinientes.

3 Encuadre de las plataformas de comercio electrónico en relaciones contractuales de consumo.

Uno de los puntos principales de la discusión respecto los contratos electrónicos de las plataformas masivas de compraventa online en general y la protección de los consumidores, se da en torno a la tensión entre la protección efectiva de los derechos del consumidor por una normativa estatal y la posibilidad de que dichos derechos se protejan con la autorregulación de la relación entre consumidores y empresas, establecida de forma contractual entre las empresas y los usuarios. Este debate es tributario de dos posiciones ideológicas al respecto, por un lado, la posición europea, más propensa a establecer un régimen de protección que regule de forma integral el e-commerce, lo cual hizo con la Directiva 2003/31/CE; y otra posición norteamericana que defiende, bajo la idea de libertad contractual, la idea de la autorregulación. No obstante, las diferencias entre estas posturas, ambas proclaman como objetivo buscar la promoción del e-commerce [13].

Por nuestra parte en nuestro país no se han dictado normas específicas que regulen el e-commerce, en especial en el caso de las plataformas de compra venta online. Por tal razón la jurisprudencia de los organismos administrativos y judiciales ha debido recurrir a distintos elementos para resolver los problemas planteados.

Uno de los puntos principales de la discusión en la jurisprudencia nacional, gira en torno al rol de la empresa administradora de la plataforma de compraventa, que en la mayoría de los casos reseñado ha sido Mercado Libre S.R.L.

Existe consenso en considerar la relación de compraventa como una relación de consumo, en la medida en que el adquiriente sea el usuario final de los bienes objeto de la compraventa. Todo ello de acuerdo con el art. 1º de la ley 24.240 que expresa: “...Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que

adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...”

Por lo cual la relación entre el vendedor que utiliza la plataforma y el comprador es clara y debe ser aplicable las normas de defensa al consumidor.

Lo que no es claro es el rol del administrador de la plataforma, en una primera instancia la jurisprudencia en el fallo “Claps, Enrique M. y Otro c/Mercado Libre SA s/Daños y Perjuicios” equiparó a la figura del proveedor en los términos del art. 2 de la ley 24.240 [11], que al establecer que se entiende por proveedor dice ...” Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.”...

Esto fue así debido a que, en el fallo citado, se consideró la acción del administrador de la plataforma como un servicio necesario para la distribución de los bienes, y además funcionó como intermediario.

Esta decisión se vio reforzada fácticamente con la prueba ya que se demostró que el administrador, Mercado Libre, intervenía directamente en la relación jurídica, afectando la formación del precio, cobrando comisión y procurando difundir la oferta realizada. Por ello se expresó en el fallo, en relación con la contratación que: ...”Se trata de un negocio complejo que se integra por la cesión de un espacio publicitario clasificado, y por la percepción de comisiones de venta. La renta de la demandada depende, no solamente del espacio publicitario que ofrece, sino de que la venta se concrete. Por lo tanto, es equivoco que no lucre como intermediario de la comercialización de bienes.” se dijo que Mercado Libre ...” interviene -y por ende es responsable- desde el mismo momento en que, creando una apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes. Y, precisamente, esa confianza constituye la fuente primaria de sus obligaciones” finalmente se concluyó que ...” Sea cual sea el argumento que se tome, no es discutible que Mercado Libre es un intermediario que integra una cadena comercial y, siendo tal, será solidariamente responsable con los otros sujetos integrantes de esa red.” ... [11]

En función de esta categorización se responsabilizó a Mercado Libre en calidad de Proveedor con todas las indemnizaciones contenidas en la ley de defensa del Consumidor, las cuales responden a un criterio de responsabilidad objetiva.

Estos criterios fueron luego replicados en otras decisiones tales como: Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Chubut, dictamen del 17/8/2010, Exp. Adm. n° 1275/2008 “S.T.R. R., D. A. c/ Mercado Libre.Com.Ar y/o quien resulte Responsable s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor”; Cám. 4ª, Civ. Com.Córdoba, 29/12/2016, “Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial.

Luego en 2017 estos criterios del fallo “Claps, Enrique M. y Otro c/Mercado Libre SA s/Daños y Perjuicios” se modifican, con el fallo Gómez Maciel, Francisco José c/ Dridco S.A. s/ ordinario; y en especial en 2018 con el fallo “Kosten, Esteban C/ Mercado Libre S.R.L. S/Ordinario”. En estos antecedentes se presentaron ante la justicia casos con algunas diferencias fácticas que permitieron plantear un rol distinto por parte del administrador de las plataformas y por ende una responsabilidad distinta a la que se planteaba hasta ahora.

Particularmente en el fallo “Kosten, Esteban C/ Mercado Libre S.R.L. S/Ordinario” se plantea que los administradores de plataformas son prestadores de servicios de alojamiento de contenido y no tienen el deber de vigilancia sobre los contenidos alojados, por lo cual están exentos de responsabilidad de ellos en la medida en que no hayan tenido conocimiento efectivo de que algún contenido, en el caso de las plataformas alguna oferta, es ilícito. Este cambio de criterio puede atribuirse en parte como consecuencia del fallo “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.s/ daños y perjuicios”.

Esta consideración se debió porque en el caso de referencia (Kosten) se comprobó que la operadora de la plataforma, Mercado Libre S.R.L., actuó simplemente poniendo a disposición el espacio virtual para la realización de la transacción, en la parte pertinente la sentencia expresa “...sin asomo de dudas, que la demandada Mercado Libre S.A. se comportó con relación a la oferta de venta del automotor que interesó al actor como un simple sitio web de alojamiento de datos (hosting)...” [15]; esto implica que simplemente puso a disposición los datos del oferente al consumidor quien realizó la transacción sin que Mercado libre interviniera, no cobro ningún tipo de comisión, es más ni siquiera se comprobó que haya optimizado la publicación para que esta apareciera en los buscadores, actuó con una figura equivalente a la de un medio gráfico que publica un clasificado. A diferencia de los antecedentes en los que cobraba una comisión por la venta²

Lo más interesante del fallo “Kosten, Esteban C/ Mercado Libre S.R.L. S/Ordinario”, es un análisis que esboza en uno de sus considerandos un régimen jurídico posible para aplicar a estas situaciones. El mismo podría resumirse de la siguiente forma:

1. Situaciones donde existe “...una exención de responsabilidad del operador de un mercado electrónico de ventas o subastas on line cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, es decir, cuando ha sido un “mero canal” limitándose a proporcionar un foro para una transacción entre un comprador y un vendedor...” [15] no obstante en otro de los apartados se cuida de aclarar que esta exención no es válida cuando entran en juego otros servicios conexos que ofrecen las plataformas tales como financiación o envíos, ni tampoco cuando la falta de conocimiento se debe a una ignorancia premeditada.

² Cabe acotar que en el fallo aclara que Mercado libre aun cuenta con la modalidad en la que cobra comisión por la venta efectuada, pero que en el caso en análisis no participa de la misma forma e informa de esta diferencia a los usuarios de forma clara y precisa, de acuerdo con lo que consigna el fallo.

2. Situaciones con una responsabilidad emergente, debido a que "...aun si el operador del mercado electrónico hubiera desempeñado una posición neutra, podría ser responsabilizado mediante una condena de daños y perjuicios, no pudiéndose acoger a la exención antes referida, si ha tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con prontitud..." [15] esta categoría está relacionada con los lineamientos del fallo Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.s/ daños y perjuicios.
3. Situaciones donde "... ninguna exención de responsabilidad puede aprobarse cuando el operador del mercado electrónico prestó un papel activo que le permitió adquirir conocimiento o control de los datos almacenados. Tampoco si ha recibido una orden judicial que lo colocaba en situación de ejercer una "vigilancia activa" o prestó una asistencia consistente, en particular, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, vgr. a través de motores de búsqueda externos como Google o Yahoo..." [15]
4. Situaciones donde, independientemente de que pueda encuadrarse en alguna de las 3 situaciones anteriores, se vea "...involucrado un consumidor, la prueba de la participación activa del operador de mercado electrónico (presupuesto fáctico sine qua non) podría generar su responsabilidad en los términos del art. 40 de la ley 24.240 por el riesgo que deriva de tan especial configuración del servicio..." [15] es decir que si es comprobado la participación activa del operador de la plataforma, es posible la aplicación del criterio de responsabilidad objetiva propio del derecho del consumidor. Este es un criterio que deriva de los últimos dos fallos mencionados, es más restrictivo a la hora de reconocer la responsabilidad por parte de los administradores de las plataformas online, que en los antecedentes mencionados desde el fallo "Claps, Enrique M. y Otro c/Mercado Libre SA s/Daños y Perjuicios".

4 Conclusiones.

El breve desarrollo realizado en este trabajo me lleva a concluir que el intercambio de bienes y servicios como base de la economía y como consecuencia virtuosa de la vida en sociedad, es una actividad que ha evolucionado a la par del hombre; desde el trueque hasta el comercio, se ha dado de las más diversas maneras y ha generado en cada paso vinculaciones jurídicas entre sus participantes.

El comercio electrónico es quizás una de las formas más modernas en la que se dan estas vinculaciones jurídicas y reflejan, con las características particulares del espacio virtual, las relaciones equivalentes del mundo físico.

Como ya mencioné el instituto jurídico más adecuado para regular este fenómeno son los contratos. Una de las características propias de estos espacios virtuales, es que los intermediarios son necesarios en la mayoría de los casos. Hay transacciones que en el mundo físico podemos clasificarlas de bilaterales puras, pero, en el mundo virtual se dan con la intervención y colaboración de intermediarios (plataformas de venta on line, buscadores, proveedores de hosting, proveedores de servicio de conexión, etc). En este escenario, el tiempo a demostrado que las plataformas online de compra-

venta se han constituido en actores importantes del ecosistema digital, muestra de ello es que, en 2018, de los cuatro unicornios argentinos,³ tres son plataformas de venta online de bienes y servicios, siendo el más importante Mercado Libre.

Esta situación no es una coincidencia, la sociedad actual aprovecha los beneficios de la tecnología, pero la falta de contacto físico entre los actores y de conocimiento técnico, crean la necesidad de puntos de encuentro para el intercambio de bienes y servicios, por ello surgen las plataformas de compraventa online. Esto no implica que toda transacción electrónica se realice través de dichas plataformas, pero sí la gran mayoría de ellas.

En este marco es posible encuadrar la mayoría de las transacciones realizadas en este tipo de plataformas en una relación de consumo, por lo que se deberá aplicar dicho régimen a la relación entre comprador y vendedor.

No obstante, para aplicar la legislación consumeril al administrador de la plataforma es preciso ahondar en el caso particular y definir si se dan los supuestos necesarios a tal fin, tal como lo sugiere la jurisprudencia citada.

Sin embargo, la jurisprudencia no es concluyente, y por ello es necesario continuar con el seguimiento de los pronunciamientos administrativos y judiciales, para comprobar si las soluciones de Kosten son adoptadas. Esta situación tendrá una solución más permanente si se dicta un fallo de la Corte Suprema o se aprueba una ley al respecto.

Considero a la luz del desarrollo realizado, que la solución que brinda el fallo “Kosten, Esteban C/ Mercado Libre S.R.L. S/Ordinario” esta revestida de una mayor razonabilidad en términos generales, y no se contrapone con la ley de defensa del consumidor.

La LDC establece en el art. 40 que “... Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena...”. De esta forma, es razonable el criterio del fallo, que exige para liberarse de la responsabilidad no haber tenido conocimiento de la ilicitud de los datos de la publicación.

Estas soluciones son aplicables a las relaciones jurídicas internas. En el caso de involucrarse elementos extranjeros entran en juego las disposiciones de los art. 2654 y 2655 del código civil y comercial. Quedará pendiente para un futuro trabajo desarrollar las soluciones a los problemas que derivan del uso de plataformas internacionales de compraventa online.

5 Referencias.

- [1] A. Vergara Blanco, *Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los “Núcleos dogmáticos”*, vol. vol. 41 N° 3, 2014, pp. pp. 957 - 991.
- [2] The Economist, «The world’s most valuable resource is no longer oil, but data,» 6 mayo 2017. [En línea]. Available:

³ empresas con base en la innovación, que tienen una valuación de mercado superior a los US\$ 1000 millones)

<https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>.

- [3] S. Greenhouse, «The ‘What Is It?’ Economy,» *The New York Times*, p. A35, 16 december 2016.
- [4] C. Delpiazzo, “*Del derecho de la información al derecho informático: Propuesta de sistematización*”, 2001.
- [5] G. A. Borda, Manual de Contratos, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- [6] S. L. F. d. Feldstein de Cárdenas, «La lex informática: la insoportable levedad del no ser,» de *Estudios en Homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Córdoba, Editorial Advocatus, 2004.
- [7] B. Kaller de Orchansky, Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires: Plus Ultra, 1997.
- [8] A. Swift, ¿Que es y para que sirve la filosofía política? Guía para estudiantes y políticos., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- [9] L. B. Scotti, «De los contratos celebrados por medios electrónicos, a la luz del código civil de Vélez Sarsfield y del nuevo código civil y comercial de la Nación,» de *Unificación de los códigos civil y comercial de la Nación. Aspectos relevantes. Análisis doctrinario*, Buenos Aires, ERREPAR, 2014, pp. 257-310.
- [10] A. A. Alterini, Contratos civiles, comerciales y de consumo., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- [11] F. Shina, «Los contratos conexos: una nueva fracción contractual,» *Diario Consumidores y Usuarios Nro 120 - 06.06.2017*, 2017.
- [12] M. Vignola, «Compraventa por Internet. Comentario al fallo "Claps, Enrique M. y Otro c/Mercado Libre SA s/Daños y Perjuicios",» *Revista Jurídica de Daños - Número 8 - Marzo 2014*, 2014.
- [13] F. Barrio, «Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en internet? esa es la cuestión,» *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, vol. Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en internet? esa es la cuestión, n° Revista de Derecho, comunicaciones y Nuevas Tecnologías, agosto 2006.
- [14] *Claps Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios*, 2012.
- [15] *Kosten, Esteban C/ Mercado Libre S.R.L. S/Ordinario*, 2018.